

NULIDAD DEL TRASLADO ENTRE REGIMENES PENSIONALES, DETERMINADO POR LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO*

Paola Alejandra Rosero Goyes**

Universidad Católica de Colombia.

RESUMEN

El presente artículo consiste en la falta de información incurrida por parte de los fondos privados ,a cerca de las consecuencias que genera el Traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; en la cual los promotores de cada fondo actuaban por medio de engaños y omisiones generando falsas expectativas entre los afiliados de recibir una mesada pensional mayor a la que recibirían en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a su vez fundando desventajas entre los afiliados de los dos regímenes pensionales, al observar que las posibilidades de pensionarse al amparo de dicho régimen parecían esfumarse.

Palabras Claves: FONDOS PRIVADOS DE PENSIONES, LEY 100 DE 1993, NULIDAD, RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS), RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA (RPM), RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

ABSTRACT

This article consists of the lack of information from private funds on the consequences of the transfer of the average premium scheme with defined benefit to the Individual Savings Scheme with Solidarity; In which the promoters of each fund acted through deceit and omission. Creating false expectations among members to receive a pension allowance greater than they would receive in the Mean Premium Scheme with Defined Benefit and in turn found disadvantages among affiliates of The two pension schemes by noting that the possibilities of pensioning under that scheme seemed to disappear

Keywords: private pension funds, Law 100 of 1993, nullity, individual savings scheme with solidarity (RAIS), mean premium scheme with defined benefit (RPM), transitional regime.

* Artículo de Reflexión elaborado como Trabajo de Grado, bajo la Dirección del Doctor Santiago Arboleda Perdomo, docente de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia. Sede Bogotá. 2017

** Rosero Goyes, Paola Alejandra. Terminación de materias Diciembre de 2015. Optante al Título de Abogada.E-mail: alejandra0514@outlook.es

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA PENSIONAL.

- 1.1 Régimen de transición.
- 1.2 Pérdida de régimen de transición.

2. RÉGIMEN PENSIONAL

- 2.1 Régimen de ahorro individual con solidaridad.
 - 2.1.1 Modalidades del RAIS
 - 2.1.2 Retiro programado
 - 2.1.3 Renta vitalicia inmediata
 - 2.1.4 Renta vitalicia diferida

3. REFLEXIÓN JURISPRUDENCIAL SENTENCIA BASE 31989 de 2008 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

4. NULIDAD AL TRASLADO DEL RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA A RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

CONCLUSIONES

REFERENCIAS



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

INTRODUCCION

Desde la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993, nuestro país generó un nuevo impacto, respecto a lograr una estabilidad financiera en la que el Instituto del Seguro Social (ISS) y el nacimiento de los fondos privados se enfocaran en obtener una mayor cobertura y así el trabajador tuviera la posibilidad de acceder a una pensión donde el principal objetivo era lograr el derecho a la igualdad.

Al buscar una mayor igualdad para los trabajadores, se creó el REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD con la perspectiva de generar cobertura, no solamente pensando en los nuevos afiliados sino en los ya afiliados, que quisieran optar por el cambio en el cual tuvieran la posibilidad de escoger el régimen que le trajera mayores beneficios.

Es por lo anterior, que este artículo consiste en explicar los antecedentes del sistema pensional, Ley 100 de 1993, régimen de transición, traslados entre los regímenes pensionales, Pero principalmente de analizar la posición de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral (9, septiembre, 2008). Sentencia 31989/08. M.P Eduardo López Villegas. Respecto al deber a la información que tienen los afiliados sobre el régimen al que se está trasladando, situación que las administradoras tienen como obligación explicar, porque de lo contrario se vería afectado su derecho pensional y con ello derechos fundamentales como la dignidad y el mínimo vital.

Por último, se analizará de fondo si ¿Es posible declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual solidaridad cuando ese traslado estuvo precedido por algún vicio del consentimiento? por cuanto se entendería que debe ser un consentimiento informado antes de que sea irreversible la afiliación para uno u otro de los regímenes pensionales, esto por el nivel trascendental y complejo que encierran

las pensiones en Colombia, generando una gran pérdida al afiliado si toma una mala decisión.

Decisión que puede resultar en dos caminos, primero la posibilidad de devolver al afiliado al régimen de prima media con prestación definida (COLPENSIONES) debido a la mala información por parte de los promotores de las administradoras de fondos de pensiones, declarando la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de eso, se condenara al fondo al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasa en un valor igual al de las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida, desde la fecha del retiro definitivo del servicio. En subsidio se solicita pensión de vejez a cargo del Fondo. Y el segundo si el afiliado tiene la edad no puede devolverse, situación que debe proteger el fondo privado de garantizar la pensión mínima y además pagar a título de sanción, indemnización de perjuicios y que además pague la totalidad de lo que hubiera recibido en COLPENSIONES.

1. ANTECEDENTES DEL SISTEMA PENSIONAL

En Colombia, el sistema de pensiones ha sido tema de discusión, empezando por ser un sistema particularmente nuevo (inicios del siglo XX) sumado a eso, la insuficiente estructura legal y además la creación de regímenes especiales para ciertos tipos de trabajadores donde el garante de esa época fue el presupuesto nacional.

Con la entrada en vigencia de la Ley 6ª de 1945 se crea la Caja Nacional de Previsión para los empleados nacionales, pero con un problema de estructura financiera porque no se basaba en cotización, sino que los recursos se tomaban del presupuesto nacional. Desde entonces surgen CAJAS PREVISIONALES

propiciadas por los departamentos, municipios, institutos descentralizados y demás entidades gubernamentales (Narváez, 2004).

Siguiente a eso con la Ley 90 de 1946 se crea el INSTITUTO COLOMBIANO DE SEGUROS SOCIALES cobijando no solo a nacionales sino también extranjeros estableciendo una seguridad social autónoma, se reconocieron prestaciones laborales entre ellas el derecho a la pensión de jubilación, primas de carácter no salarial y ayudas relacionadas con la prestación de servicios de salud (Arrieta, 2011)

Se implementó el régimen de prima media con prestación definida en el cual se tenían expectativas de cumplimiento comparándose con las de América Latina, pero en el transcurso del tiempo el esquema comenzó a mostrar señales de insostenibilidad financiera, baja cobertura e inequidad, originadas principalmente en cinco factores:

La tasa de cotización no se incrementó gradualmente como se había previsto desde el principio; (ii) el Estado incumplió su parte de la cotización; (iii) los excesivos beneficios, relativos a los aportes; (iv) la existencia de una amplia gama de regímenes especiales y de cajas administradoras; y (v) el cambio demográfico, que implicó menores aportes (cada vez menos jóvenes) y mayores gastos (la gente vivía más años) (Santamaría, 2010, p. 5).

Después de un cuarto de siglo de existencia, cuando el ISS se enfrentó al hecho de tener una menor proporción de contribuyentes por el efecto demográfico, el sistema empezó a mostrar muchas de las limitaciones típicas de un esquema público de Prima Media, a saber: alto número de cajas administradoras que se manejaban sin ningún criterio de sostenibilidad ni eficiencia; heterogeneidad en la

normatividad; enorme y creciente diferencia entre las tasas de cotización esperada y efectiva; contribuciones y beneficios que se diferenciaban a través de varios subsistemas; enormes transferencias a favor de las primeras generaciones de pensionados, con cargo a las más recientes; vínculo débil entre contribuciones y beneficios esperados; ineficiente administración; falta de reservas; y, por lo tanto, crecientes transferencias fiscales (Santamaría, 2010).

Venegas (1996):

A comienzo de los 90 las instituciones que hacían parte de la seguridad social en Colombia cubrían solo al 21.5% de la población esto significaba que las personas protegidas constituían una minoría y la cobertura de los asalariados ascendía al 51.7% (p. 2).

Y es debido a esa inequidad y estabilidad, que después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 nace la Ley 100 de 1993, la cual establece un modelo dual del sistema general de pensiones con la coexistencia de dos regímenes diferentes, el primero es el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, administrado por los fondos privados de Pensiones, y el otro es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD– administrado por el Instituto de los Seguros Sociales y que, a partir de 2012, con su liquidación pasa a ser administrado por COLPENSIONES (Buritica, 2015).

El nacimiento del RAIS fue tomado de referencia en países como Chile o México, en el cual se cambió el sistema público de reparto por un modelo mixto en donde se crean fondos privados de ahorro para que los trabajadores “libremente” escogieran entre el régimen de prima media con prestación definida o el de ahorro voluntario en los fondos privados, hecho que luego se convertiría en un sistema perverso que simplemente beneficia al sistema financiero (Central Unitaria de Trabajadores-CUT, 2013).

El gobierno con este nuevo modelo buscaba ampliar la cobertura, adecuar la edad de retiro a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida del país, equilibrar la relación entre contribuciones y beneficios, reducir costos de administración y mejorar los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema (Arrieta, 2011, p.1).

Y no solo con la entrada en vigencia se generó un gran paso a la posible solución al sistema pensional en Colombia, sino que además ésta reforma derogó varios regímenes denominados “especiales” como, por ejemplo, las Cajas de Previsión de Ecopetrol, el Magisterio, el Congreso de la República, la Rama Judicial, las Fuerzas Armadas y la Presidencia de la República. Como resultado se produjo una situación de desigualdad, (Arrieta, 2011).

Respecto a los fondos privados de pensiones, se crearon por la necesidad de abrir un espacio a las Administradoras de Fondos de Pensiones Privados (AFP's) surgiendo de la crisis del esquema pensional que existía en el país desde 1967 y que tenía al ISS, un ente público, como único administrador de los sistemas de seguridad social para trabajadores y pensionados del sector privado. La ineficiencia en el funcionamiento del sistema y su bajo nivel de cubrimiento, habían conducido a la creación de múltiples fondos de pensiones especiales por parte de empleados y así mismo lograr una seguridad social integral y equitativa, buscando que las personas se afiliaran a este nuevo modelo y régimen de pensiones (Restrepo-Salazar, 2000).

Si bien es cierto con el RAIS se buscaba que todas las personas pudieran pertenecer al sistema de seguridad social en este caso pensión, también generó una gran controversia para los trabajadores porque se trataba de escoger, entre permanecer en el Régimen de Prima Media o cambiarse al nuevo sistema”. Situación que generó dudas e incertidumbres porque al no ser informados de manera detallada acerca del riesgo o beneficio que podía generar el traslado, la

persona tomaba la decisión menos favorable. hecho que sucedió, debido a que ni siquiera las AFPS con su entrada en vigencia, no contaban con el personal idóneo que tuviera la capacidad de conocer lo fundamental del sistema, vulnerando así su derecho a la pensión y además cuando entro en vigencia la ley ,las personas al darse cuenta la posibilidad que tenían de escoger de manera libre el régimen que mejor le parecía,” empezaron a trasladarse a los fondos privados de pensiones, quienes fueron atraídos por argumentos falaces que a lo último resulta reflejado en la afectación de las cuotas para el disfrute de la pensión” (Central Unitaria de Trabajadores-CUT, 2013, p. 1)

El régimen de ahorro individual, tal como fue concebido por el legislador brindaría mayores beneficios tanto para afiliados como para los pensionados, porque procuraría más pensiones que las que otorgaría el régimen de prima media, en virtud a que no sería un esquema sometido por el envejecimiento de la población, así como tampoco se supeditaría a la base asalariada de la misma, propagando la cobertura pensional a la generalidad de todos los trabajadores. Ley 100 de 1993 (Arana & Guevara, 2015, p. 9).

Es de aclarar que todo se dio con el transcurso del tiempo debido a que como Venegas (1996) afirma “la afiliación a los fondos de pensiones de ahorro individual con solidaridad comenzó en 1994 con 209 mil cotizantes, aumentando progresivamente hasta llegar a finales de agosto de 1995 a 1.507.945” (p10).

Es por ello que las AFP tiene como obligación brindar toda La información en todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador (Torres, 2016).

Al presentar infinidad de problemas, debido al traslado de la persona al RAIS por situaciones engañosas como lo fue, asegurarle que si realizaba el cambio obtendría mayores beneficios, aumento de más del 50 % de lo que recibirían en el régimen de prima media al momento de pensionarse, y además se les daba obsequios como “gancho” para efectuar la afiliación, situación que género que toda una población se dejara llevar conforme a lo dicho sin percatarse que esa información fuera cierto y todo porque las administradoras de pensiones buscaba incrementar o hacer una captación de personas, sin un manejo de la información por parte de los promotores de cada entidad, logrando así ser activos en el sistema financiero colombiano.

Este caso en el cual las administradoras de pensiones siempre generen una seguridad al nuevo afiliado que lo dicho realmente será cierto en el momento en que llegue su hora de recibir la mesada y tenga la claridad de que todo lo dicho se realizará.

Al referirnos a una información cierta, será aquella donde el afiliado al régimen pensional, pueda tener conocimiento de las condiciones con las cuales se pertenece a dicho régimen, que conoce y es consciente de las circunstancias con las cuales va hacer parte del sistema pensional, que el remitente de la información en este caso la EAFP, no se ha reservado o no se ha guardado para sí ningún dato relevante para la vinculación jurídica del sujeto o afiliado al sistema (Torres, 2016).

El gobierno al observar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993 no se logró el objetivo de una mayor cobertura y una igualdad entre cada uno de los afiliados, y además de ello mencionar que la vigencia de varios regímenes especiales con altos costos fiscales, la concesión de generosos privilegios por transición del régimen de prima media al de ahorro individual, el reconocimiento del derecho a una pensión mínima para afiliados con 20 años de

contribuciones y la migración de afiliados entre el régimen de prima media a las AFPs, fueron las causas principales del agotamiento de las reservas del ISS al cumplirse tan solo 10 años de vigor de la Ley 100 de 1993 (Arrieta , 2011). Por lo que el Congreso expidió La Ley 797 de 2003 en el cual modifico algunos artículos de la Ley 100 de 1993, uno de ellos trato el tema que nos compete:

Artículo 36. Régimen de Transición

(....).

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen, tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual (p. 16).

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (Corte Constitucional Sentencia C-789, 2002)-

Refiriéndonos acerca del traslado en vigencia es claro que no aplica para los que cumplieron con los requisitos para hacer parte del régimen de transición porque de acuerdo a la Sentencia C 789 de 2002 pueden volver en cualquier tiempo.

1.1 Régimen de transición

García (2011) uno de los grandes tratadistas colombianos, precisa:

El régimen de transición es un escudo protector para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desproporcionalmente a quienes, si bien no han adquirido el derecho

a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse, en el momento del tránsito legislativo (p. 31).

La definición dada por El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere aquellas personas que a 1º de abril de 1994 tuvieran una edad de 35 años o más, las mujeres, o 40 o más, los hombres, o por lo menos 15 años de servicio o de cotización, se les aplicaría el régimen anterior en lo que respecta a la edad, tiempo de servicio o cotización y monto para efectos de su pensión de vejez. De esta manera, el legislador contempló una aplicación ultra activa de todos los regímenes que perderían vigencia con la expedición del nuevo sistema general de pensiones (Muñoz, 2015).

(...) quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos (Art. 36 Ley 100 de 1993, p. 16).

Claro está, según cita Alvarado (2015) que:

El régimen de transición es una respuesta a la necesidad del legislador de cambiar los requisitos necesarios para el reconocimiento pensional, a fin de evitar crisis económicas futuras en el país, pero sin afectar los intereses de las personas que están por cumplir los requerimientos exigidos por la ley para ser beneficiarios de una pensión (p.17).

Es decir, que el régimen de transición se aplica desde que la persona cumpla con uno de los dos requisitos contemplados en la ley 100 que son de edad, 35 años las mujeres y 40 años los hombres, o quince años o más de servicios cotizados y se respeta hasta recibir la mesada

Con la expedición del Acto Legislativo Número 1 de 2005 se estableció que a partir del 1 de enero de 2015, desaparece el Régimen de Transición en Colombia y solamente aquellos que hubieren cumplido los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas en vigencia del régimen de transición; es decir antes del 31 de diciembre de 2014, les será aplicable, siempre y cuando hubiesen cotizado 750 semanas en el régimen de prima media, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 1 de 2005 (Alvarado, 2015,p. 22).

1.2 Pérdida de régimen de transición

La pérdida del régimen de transición se da cuando el afiliado se traslada del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Para las personas amparadas por el régimen de transición, el traslado de régimen tiene repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez, como quiera que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación económica; deja entonces de ser el traslado una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental (Valencia & Plazas, 2013, p. 33).

Vale la pena hacer referencia a dos elementos adicionales. En primer lugar, la Corte Constitucional agrega que la recuperación del régimen anterior operaría

solo si se hace el traslado del dinero por los aportes hechos en el régimen de ahorro individual (incluyendo los correspondientes a la garantía de pensión mínima). En todo caso aclara que este no puede ser menor al que hubiera existido si el afiliado permanecía en el régimen de prima media.

Es decir que para volver a restablecer el régimen de transición “no basta volver al régimen de prima media, sino que también es necesaria la devolución del dinero que se aportó en ahorro individual, manteniendo una equivalencia de este ahorro como si nunca hubiera existido traslado” (Muñoz, 2015, p. 21).

Aunque existe la posibilidad de retornar al Régimen de Prima Media para aquellas personas que se hayan trasladado al Régimen de Ahorro Individual, no siempre se logra conservar el régimen de transición, como quiera que es requisito para su recuperación el tener, para la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, el tener 750 semanas cotizadas o su equivalencia (Valencia & Plazas 2013, p. 36).

Pero fuera de eso, el sistema de seguridad tiene por finalidad la atención de las contingencias a su cargo (entre ellas la vejez). Al suceder ese supuesto, es por lo mismo que:

A juicio de la Corte no es igual la misma situación aquellas personas que hacen parte del régimen de transición por razón de su edad frente a aquellos que hacen parte del mismo por haber trabajado o cotizado durante 15 años, pues en este último supuesto hay un aporte o un tiempo de servicios por un período equivalente al 75% de la totalidad de las semanas de cotización y con ello de la financiación de la pensión de vejez (Muñoz, 2015, p. 21).

Y es así como el Tribunal Constitucional declara exequible la disposición bajo el entendido de que si el afiliado se devuelve al régimen de prima media y a 1º de abril de 1994 contaba con al menos 15 años de servicios o de cotización, recupera el régimen de transición, pues se trata de un derecho adquirido al que se puede retornar en cualquier momento. Claro está condicionado. Pero este es un mecanismo de compensación en el contexto económico y financiero de la existencia de los dos regímenes pensionales (Muñoz ,2015).

En este sentido es de tener claro que al trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual no puede continuar su régimen de transición porque a ese cotizante se le deben aplicar todas las normas propias de esa administradora de pensión que escogió por tanto no se tiene en cuenta el régimen de transición para poderse pensionar en la RAIS.

A su vez se reitera que, si las personas no cuentan con 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, esto es, 1º de abril de 1994 en ningún evento se puede trasladar.

2. REGIMEN PENSIONAL

2.1 Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS)

Es el régimen (sistema de contribución definida), en el cual, la pensión que goza el trabajador depende del monto de las cotizaciones realizadas y de los rendimientos financieros del portafolio conformado con estos aportes. A su vez, el valor de los aportes realizados por el trabajador depende del tiempo que éste permanezca en el sistema y del monto de su salario, ya que el valor de su cotización es una fracción de éste (Restrepo, 2000 p. 2).

En este sistema existe la garantía de pensión mínima financiada con los recursos de la cuenta de ahorro individual, las cotizaciones voluntarias, y el bono o título pensional si llega a ser insuficiente, se acude a la nación por medio de la oficina pensional del ministerio de hacienda (Narvaez,2004).

Venegas (1996) “La afiliación a los fondos de pensiones privados, comenzó en mayo de 1995 con 209 mil cotizantes, aumentando progresivamente, además que los primeros cotizantes al sistema tenían un promedio de dos salarios mínimos” (p.10).

Aunque no es menos cierto que con la tasa de desempleo e informalidad, las personas hoy en día siguen cotizando hasta con un mínimo. Situación que no cambia hace más de 10 años.

Al hacer parte del RAIS ya sea como nuevo afiliado o quien viene por traslado del régimen de prima media con prestación definida, es Importante resaltar que el consentimiento del afiliado debe, estar precedido por una información que permita al sujeto de derechos la total comprensión, de lo que una Entidad Administradora de Fondos de Pensiones EAFP le informa, dentro de su expectativa pensional esto dentro del respeto al principio de libertad de información (Torres, 2016).

Por lo tanto, todos los efectos jurídicos que encierra el perder o no unas garantías pensionales deberán estar circunscritos a la clara, eficaz, suficiente y oportuna información que le brinde la EAFP a su afiliado, sobre el régimen al que pertenece y las ventajas o desventajas que éste tendría frente al otro régimen pensional (Torres, 2016, p.68).

Es de tener en cuenta que este es un régimen direccionado a lo financiero por tanto al querer ingresar al RAIS no se puede olvidar que su aporte en las AFP dependerá de las variaciones en los mercados financieros y la inflación.

Y es por eso que al escoger el RAIS se debe tener en cuenta que beneficios va a obtener en un futuro y además que se logre ajustar con su expectativa pensional, si busca pensionarse en un tiempo corto o si podrá recibir mesada pensional. Claro está que se deben evaluar varios factores como el núcleo familiar, ingresos etc.

Las pensiones se cubren con las cotizaciones de empleadores y trabajadores y los rendimientos obtenidos. El gran punto a favor que tiene el régimen, es la posibilidad de hacer aportes voluntarios siempre y cuando se cumpla con el obligatorio. Generando así un aumento en su cuenta.

Una ventaja otorgada a Las administradoras y aseguradoras es que pueden presentar planes alternativos de capitalización y de pensiones a quienes superen ciertos montos mínimos.

Debido a cambios presentados en el sistema financiero, Torres (2016) el requerimiento de informar en materia pensional, se volvió obligatorio porque:

Se entendió que uno de los mayores problemas del sistema pensional es que los afiliados no están siendo bien asesorados al momento de decidir por cual régimen optar, cual sería una buena opción de expectativa pensional, aspectos que pueden permitir aunque no sea una solución de fondo del sistema, si una alternativa al desarrollo de garantías constitucionales como recibir información, libertad de elección de régimen pensional, que el afiliado aunque

dependerá de otras variables, entienda como puede tener una pensión de vejez digna (p. 58).

Refiriéndome al monto del beneficio, al ser afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad depende de tres variables claves:

Respecto el capital mínimo requerido para financiar la pensión de vejez, conforme lo dispone el artículo 64 de la Ley 100 de 1.993, En el régimen de ahorro individual, se tiene que el afiliado no se encuentra obligado, a cumplir los requisitos de edad, ni tiempo de cotizaciones, pues dependerá del mismo aportante, proyectar su propia pensión, toda vez, que el tiempo en el que se pueda entrar a disfrutar de la misma y su cuantía obedecerán a los aportes que se realicen por parte del empleador y el trabajador, así como a los rendimientos que dichos pagos produzcan (Arenas, 2011, p. 319).

La pensión de vejez será reconocida por la sociedad administradora de pensiones, siempre y cuando el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual permita obtener al afiliado una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual. (Superintendencia Financiera, 2006, p. 1).

Este régimen no exige como requisito ni edad, ni semanas para pensionarse, solamente el capital aportado durante toda su vida laboral. Y es debido a las falencias y limitaciones que se generaron por el nuevo esquema iniciado en los años 90, acerca de la entrada en vigencia del REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD (RAIS), los promotores de cada fondo se encargaron de exponer las diferencias que tenían trasladarse de régimen, el beneficio era poder recibir una pensión de mayor cuantía para un afiliado lo cual para cualquier trabajador que llevara más de 20 años de servicio ameritaba el cambio.

Pero fue por eso, que el sistema paso por un momento crítico, al observar que fueron miles de cotizantes los que hicieron el traslado con la esperanza de obtener una mejor mesada pensional, sin ignorar que a las administradoras de fondos de pensiones se les dio riendas sueltas emitiendo conceptos que se salían de la realidad.

En un principio se intentó darles a los fondos privados un alcance que no correspondían. En las propagandas y en las justificaciones técnicas se anunciaba que los fondos resultarían en beneficios superiores al sistema solidario, y se invitaba a la gente a trasladarse a ellos. En esencia se trataba de un engaño. (Sarmiento, 2009, p. 1).

Después de tantas situaciones que ha atravesado el RAIS, la OIT explica cuáles fueron las razones más relevantes que hicieron débil o que no surgiera fueron las siguientes:

Baja cobertura: las reformas no mejoraron la cobertura, dado que los pobres no tienen capacidad para contribuir a los costosos sistemas de seguros privados, ni las compañías administradoras de fondos de pensiones tienen interés en cubrir a los pobres o a personas en el sector informal con ingresos erráticos. La alta informalidad limita la cobertura de la seguridad social
(...)

Altos costos fiscales de la transición: la transición desde un sistema público a un sistema privado totalmente fondeado, resultó gravemente subestimada, y se crearon nuevas y fuertes presiones fiscales, difíciles de pagar para la mayoría de los países.
(...)

Contribuyen a la desigualdad: Los sistemas de cuentas individuales han contribuido a aumentar la desigualdad. Con excepciones, ha generado altos niveles de ganancias para las compañías administradoras de fondos de pensiones y han perdido la capacidad de redistribución que tienen los sistemas públicos solidarios (Buritica, 2015, p.134).

Y es por todo lo anterior en los últimos años se ha registrado un aumento en el traslado entre regímenes, y por primera vez con mayor movimiento hacia el RPM.

Tan solo en el período enero-septiembre de 2009, cerca de 300.000 personas se trasladaron al ISS comparado con 57.000 que hicieron el movimiento contrario. Este hecho, tiene un gran impacto puesto que siempre se esperó que el RAIS lograra una estabilidad económica peor lo que afecta también son las finanzas públicas (Santa María, 2010, p. 89).

2.1.1 Modalidades del RAIS

Para los afiliados que logran durante todo el transcurso de su vida contar con el capital solicitado por las administradoras de fondo de pensiones para acceder a una pensión de vejez, invalidez o sobrevivencia,

En el caso de la pensión por vejez “se obtiene con base en el capital depositado en la respectiva cuenta la cual está integrada por cuatro componentes básicos: las cotizaciones obligatorias; las cotizaciones voluntarias; los rendimientos financieros y el bono pensional” (Niño, 2016, p.17)

El régimen de ahorro individual tiene tres modalidades, renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida, con previa aprobación de la superentendía bancaria.

El asegurado al régimen de ahorro individual puede elegir libremente la modalidad de pensión que prefiera, tal como se indicará a continuación, de acuerdo a la que más se ajuste a sus necesidades, siempre y cuando su capital ahorrado le permita alcanzar una pensión equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente (Arana & Guevara, 2015, p.14).

2.1.2 Retiro programado

De acuerdo a la Ley 100 de 1993 en su artículo 81, preceptúa que:

Es la modalidad de pensión en la cual el afiliado o los beneficiarios, obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiera lugar

Para estos efectos, se calcula cada año una anualidad en unidades de valor constante, igual al resultado de dividir el saldo de su cuenta de ahorro y bono pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios. La pensión mensual corresponderá a la doceava parte de dicha anualidad

El saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrá ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesora. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima (p. 149).

Cuando al afiliado se le ha otorgado su pensión, este tiene la posibilidad de optar por un determinado monto como anualidad, el cual se divide en cuotas para el primer año, sin embargo, para el segundo año y siguientes se debe recalcular el saldo y los rendimientos financieros (Narváez, 2004, p. 244).

“Al ser calculada mensualmente se llega a disminuir con el transcurso del tiempo en el que el afiliado haya recibido su pensión, Aparte de rendimientos financiero y por tanto existe la posibilidad de optar por otra modalidad de pensión” (Narváez, 2004, p. 244).

2.1.3 Renta vitalicia inmediata

La ley 100 de 1993 en su artículo 80 no aclara el contexto de la Renta Vitalicia inmediata en cuanto que:

Es la modalidad de pensión mediante la cual el afiliado o beneficiario contrata directa e irrevocablemente con la aseguradora de su elección, el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo a que ellos tengan derecho. Dichas rentas y pensiones deben ser uniformes en términos de poder adquisitivo constante y no pueden ser contratadas por valores inferiores a la pensión mínima vigente del momento.

La administradora a la que hubiere estado cotizando el afiliado al momento de cumplir con las condiciones para la obtención de una pensión, será la encargada de efectuar, a nombre del pensionado, los trámites o reclamaciones que se requieran, ante la respectiva aseguradora (Ley 100 del 93).

El afiliado o beneficiado contrata directamente con un asegurado el pago de la renta mensual hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes a favor de sus beneficiarios por el tiempo que ellos tengan derecho. Optan por esta modalidad los afiliados que tengan una renta igual o superior a la pensión mínima garantizada por el estado (Narváez, 2004, p. 246).

2.1.4 Renta vitalicia diferida

Es la modalidad de pensión por la cual un afiliado contrata con la aseguradora de su elección, una renta vitalicia con el fin de recibir pagos mensuales a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta individual de ahorro pensional, los fondos suficientes para obtener de la administradora un retiro programado, durante el período que medie entre la fecha en que ejerce la opción por esta modalidad y la fecha en que la renta vitalicia diferida comience a ser pagada por la aseguradora. La renta vitalicia diferida contratada tampoco podrá en este caso, ser inferior a la pensión mínima de vejez vigente (Art. 82 Ley 100 de 1993, pp.150-151).

La modalidad a la que aquí nos referimos, se caracteriza principalmente por ser mixta al combinar la renta vitalicia y el retiro programado. Quien se acoge a ella debe realizar un análisis de su capital pensional, dividiendo su monto en dos partes, es decir, optar por un retiro programado y posteriormente disfrutar de la renta vitalicia diferida. La norma que contempla esta particularidad no reglamenta nada sobre proporciones concretas en la división del capital pensional del asegurado que elige esta modalidad.

3. REFLEXION JURISPRUDENCIAL SENTENCIA BASE 31989 de 2009 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN LABORAL

De acuerdo al tema que nos compete, acerca de si es posible declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emite varios pronunciamientos frente al tema en mención pues nos basaremos en una y es la Sentencia 31989 de 2008 M.P Eduardo López Villegas por el recurso de casación presentado por el apoderado de Juan Rafael Vargas Jaramillo en el proceso ordinario promovido contra la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías – Porvenir S.A, por tanto a continuación se dará una breve resumen de los hechos:

El señor Juan Rafael Vargas. Cumplió 55 años de edad el 22 de abril de 1996 y 20 años de servicios el 14 de septiembre de 1996; es decir, en esta última fecha reunió los requisitos para adquirir el status de pensionado según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985.

Fue inducido en error a través de engaños , por el asesor de la administradora de pensiones porvenir con la promesa de que su pensión sería superior a la que le correspondería en el régimen de prima media, diciéndole que se le devolvería parte del capital como excedente de libre disponibilidad. Incluso se le entregó por escrito una proyección en la cual el monto de la pensión al cumplir los 62 años de edad que mientras en Porvenir la pensión sería de \$1'938.562 en el ISS está sólo alcanzaría \$1'618.615".

Es por ello que el señor Vargas firmó el formulario el 6 de abril de 1998 cuando ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985

El 10 de julio de 2001 presentó solicitud de pensión, la administradora de pensión le reconoció la suma de \$970.962,00, esto es, 50% de lo que le había sido prometido la administradora de pensiones.

Por tanto Presenta demanda por las siguientes pretensiones: la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordenara el traslado de los fondos al I.S.S... Como consecuencia de lo anterior, se condenara a la demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se tasan en las mesadas que le corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida,

En primera instancia el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira ABSOLVIO de cargos a PORVENIR,

El tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira confirmo el fallo de primera instancia aduciendo que el demandante no estuvo coaccionando, que actuó por mera voluntad y además era consciente de la decisión que estaba tomando,

Se presenta recurso de casación y entre una de las tantas peticiones solicita se aprecie la copia de la solicitud de traslado de régimen; documento que contiene el cálculo de la pensión hecho por la demandada para efectos de buscar el traslado de régimen y las declaraciones del actor y de Alonso de Jesús León Morales.

La Corte CASA a favor del demandante el señor JUAN RAFAEL VARGAS contra la sociedad administradora de pensiones PORVENIR y Declara la nulidad del primer traslado del actor al régimen de ahorro individua

Dando la razón al demandante en cuanto a que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el

de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

Aduciendo que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora, en la que ellas tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa adecuada, suficiente y cierta para su traslado., a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

A demás Condena a la demandada a trasladar a la administradora del régimen de prima media los valores de la cuenta de ahorro individual del actor.

Esta sentencia, fue la apertura a un alivio para el sistema pensional inequitativo. De decir es posible recuperar mi régimen anterior, de poder exigir a la administración de fondos de pensiones una debida información, y no generar en error por parte de la demandada ante la presentación o proyección del cálculo del monto de la pensión. La proyección de la pensión de vejez resultó falsa y errónea y se hizo con el único objetivo de demostrarle al demandante las ventajas que tendría si se trasladaba, y ello fue precisamente lo que lo condujo a la renuncia del derecho adquirido, que no podría ser otra cosa que mejorar su pensión ya obtenida.

Hay diversas ópticas de la crisis pensional en Colombia, el hecho de pedir la nulidad dl traslado por indebida información, género que las administradoras de fondos de pensiones se blindaran y ofrecieran mayores beneficios para que sus propios cotizantes se sintieras satisfechas.

Al proferir la decisión la Sala de Casación Laboral, primo la buena fe por encima de principio de la autonomía privada porque no solo se produce por la información si no por los silencios, Villegas afirma que, si bien no existió constreñimiento o amenazas, “el engaño” tiene su fuente en la falta de información en que incurrió el Fondo al no advertir al afiliado de las contingencias a que quedaba expuesto y de la trascendencia de su decisión.

El problema no se trató solamente de las proyecciones que le dieron a este afiliado y que no fue solamente a él si no a cada uno de los que ingresaban a este régimen pensional, refiriéndose a que era una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual no podía asegurarse el cumplir las expectativas, y además de lo anterior tampoco se puede generalizar o pretender que cada uno de los afiliados tuviera conocimiento acerca de cómo iba a ser la forma de manejar su dinero. El grave error estuvo por parte de la AFP que aun esta administradora sabia los riesgos que podían presentarse y jamás fueron informados los afiliados.

Además que haciendo énfasis en el deber de información, es obligación de la administradora que la carga de la prueba este en cabeza del fondo privado de manera que se le informara las consecuencias del cambio de régimen pues no se evidencia información idónea pues no se acredita en qué condiciones seria su derecho pensión esto es especificando el capital que debía ahorrar a efecto de cumplir con dicha expectativa (Tribunal Superior de Bogotá Expediente N° 11-20140045001 de 2016).

Si bien es cierto que el demandante firmo sin ser obligado, la manifestación de su voluntad estuvo viciada, situación que se identificara frente a qué tipo de vicio al error, fuerza y dolo.

El dolo solo tiene la virtualidad de viciar el consentimiento cuando es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él (sin el dolo no habría sido suscrito el contrato., además que el dolo haya sido empleado a sabiendas de que se engañaba.

El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento (Corte Constitucional Sentencia C 993 de 2006, p. 15).

En síntesis: alegar el error de derecho, equivale a invocar como excusa la ignorancia de la ley. Y en el caso concreto de la persuasión que prevé el artículo 768, aceptar que ella puede basarse en la afirmación de la ignorancia de la ley (Corte Constitucional C 993 2006, p. 16).

Todas las partes de los negocios jurídicos tienen la facultad de alegar el error de hecho como vicio del consentimiento y, del mismo modo, todas ellas están privadas de la facultad de alegar con ese carácter el error de derecho.

El error de hecho, que aparece cuando se tiene conocimiento de algo, pero de manera falsa, distinguiéndose de la ignorancia, donde el sujeto cognoscente directamente nada conoce del objeto. Sin embargo, jurídicamente la ignorancia equivale al error en sus efectos, tornando nulo o anulable (rescindible) el acto por vicio de voluntad. Se trata de una autentica causa de inculpabilidad, en la que no existe dolo alguno, aunque contempla la posibilidad de que pueda provenir de culpa (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala laboral, radicado No.2013-00132-01 de 2016, p. 6).

En ese orden de ideas, retomando, el error como vicio que afecta a la formación de la voluntad de uno de los contratantes, es aquel que significa un falso conocimiento de la realidad capaz de dirigir la voluntad a la emisión de una declaración no efectivamente querida. (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala laboral, Rradicado No.2013-00132-01 de 2016, p. 8).

Respecto a la situación en concreto, se puede estar bajo dolo, realizado por el promotor acerca de traslado por engaño.

Pero también por error, dado que la mentada AFP no le suministró información veraz y suficiente que permitiera anticipar los efectos adversos derivados de la afiliación a un régimen pensional diferente al de prima media con prestación definida al cual se encontraba afiliado antes de trasladarse al RAIS, (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala laboral, radicado No.2013-00132-01 de 2016, p. 9).

Además la administradoras de fondo de pensiones lo indujeron erróneamente a migrar al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto, existió el vicio del consentimiento, lo que genera como consecuencia, la nulidad de dicho traslado ya sea por la omisión o la defectuosa información , a su vez se analiza el hecho de que al de demostrar la validez del traslado la administradora de fondo correspondiente, debían hacerlo probando que el afiliado tenía toda la información y que prefería irse al RAIS contando con el riesgo de perder su régimen de transición ,situación que lógicamente un afiliado no aceptaría si le plantearan cada riesgo .

Esta sentencia es nuestra base para demostrar que la función de los fondos privados se trató solamente en “reclutar “como coloquialmente se dice a personas con el fin de lograr un crecimiento sin tener la necesidad de hacer un evaluó previo para cada persona que quería ingresar. Nunca dijeron que con el solo aporte o deducción que se hace para pensiones como empleado no les alcanzaría el capital, sino que se necesitaba ahorrar mucho más, lo que se conoce como “ahorro voluntario”, a fin de que el monto de la mesada fuera mejor, de ahí que la proyección de la pensión sea prácticamente del salario mínimo o un poco más.

Es por ello que surge la necesidad de realizar el traslado y volver a COLPENSIONES, debido a la falta de información y a la afectación recibida por parte de porvenir, que, aunque no haya sido constreñida su decisión no quiere decir que la persona supiera las consecuencias de su traslado, sabiendo que debía ser obligación de porvenir.

4. NULIDAD AL TRASLADO DEL REGIMEN DE PRIMA MEDIA A REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

Cuando el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, hace alusión a las administradoras de pensiones del régimen de ahorro individual, las contempló como un patrimonio autónomo de propiedad de los afiliados, radicando en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene:

El valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen

pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica(Largo,2012, p.120).

Por lo anterior es importante cumplir de forma clara el requisito de informar debidamente sobre el régimen pensional a pertenecer, por la incidencia que este tiene sobre los derechos prestacionales que cubre el sistema general de pensiones, lo que obliga a las EAFP dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, ya que esto puede llegar a reflejar una ineficacia del acto jurídico de afiliación

Retomando el tema de los vicios de consentimientos antes mencionados s de reiteras que según el artículo 1502 del Código Civil (Ley 57 de 1887) en el cual se dice:

Para que una persona se obligue a otra por un acto o una declaración de voluntad es necesario

- 1º.) que sea legalmente capaz.
- 2º.) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
- 3º.) que recaiga sobre un objeto lícito.
- 4º.) que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra (p.207).

No es tema de discusión el hecho de que el objeto y causa en este caso el traslado del RPMPD al RAIS sean lícitas porque lo son o que la persona este legamente capaz se entiende que sí, porque de no ser así se estaría bajo el tema de ser llamado una persona “incapaz”, situación que se debe analizar frente a si cumple o no los factores que presenta la norma en el artículo 1503, pero es un tema que no entraremos a investigar directamente.

Ahora bien, si nos enfocamos una vez más respecto la omisión en que incurrió la administradora de fondo de pensiones se tiene como cierto que está bajo un vicio del consentimiento por error de hecho.

Entonces se podría afirmar, que el derecho a la información vista desde el ángulo constitucional del artículo 20 *ibídem* y encaminado más a la protección que tienen todos los afiliados de las entidades administradoras de fondos de pensiones, en su calidad de consumidores financieros de las AFP (Ley 100 de 1993, art. 14 párrafo), se ha visto doctrinariamente “como el derecho que tiene el consumidor a ser bien informado, lo que constituye en un principio esencial del derecho del consumo y sin el cual el consumidor tendría una tutela relativa” (Arana & Guevara, 2015, p.43).

El Código Civil y de Comercio del Estado Colombiano, han recibido esta influencia, que si bien es cierto no lo expresan directamente, también lo es que secundariamente sancionan algunas omisiones de información en ciertos casos, a través de conceptos como el dolo o la obligación de saneamiento por vicios ocultos. Evidentemente, el deber de información es una figura jurídica reciente, desarrollado inicialmente por la doctrina alemana e italiana; también es propio de las relaciones económicas de sociedades industrializadas en las que se busca equilibrar las relaciones contractuales, por naturaleza asimétricas, entre los sujetos negociales (Villalba, 2012, p.102).

En este sentido Poillot (2006) señala que la obligación de información “debe llevar al logro de una relación contractual transparente entre el productor y consumidor, a través de la información del consentimiento lo cual, por consiguiente, va a contribuir a la transparencia de la competencia en el mercado” (Poillot, 2006, p. 95).

Y es que es por lo anterior, que si tomamos ese precepto, el consentimiento hace que tan válido sea la relación entre usuario y fondo privado y además si es viable que además se cumpla con las condiciones que estipula el régimen de ahorro individual para acceder al reconocimiento del derecho pensional, pues, éste derecho está condicionado no solamente a los aportes realizados sino también a los rendimientos financieros que dichos aportes proporcionen, situación que no ocurre en el régimen de prima media para obtener el reconocimiento pensional ya que solo se necesita cumplir con los requisitos previamente establecidos en edad y de cotización para alcanzar el derecho a gozar de una pensión. Situaciones que se dan cuando el afiliado no se le brinda una información totalmente clara que le permita tomar decisiones de manera objetiva, teniendo en cuenta que cada persona racional llega a una decisión con base en la información que cuenta, ergo, si esta es suficiente, seguramente la decisión será eficiente; en caso contrario, si la información no es completa, es confusa o es engañosa, tomará una decisión contraria a sus intereses, como es el caso del afiliado que en el régimen de prima media si hubiera obtenido la pensión, pero no en el régimen de ahorro individual (Villalba, 2012).

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

En definitiva, para que exista libre elección, la persona debe poder emprender un proceso racional de deliberación referido a las varias alternativas que enfrenta. “La elección entre las mismas deberá ser realizada con autonomía y sobre la base de sus propias preferencias. Las acciones que luego emprenda como consecuencia de tales elecciones tendrán a la persona como causa última” (Niño, 2016, p.30).

Y es por ello que no se puede tomar la libre elección, como un tema en el que se tenga sobreentendido que se actuó por mera voluntad ya que como ocurre en este artículo todo acto fue hecho por medio de artificios y engaños, además si se le incluye que la decisión tomada genera una diferencia económica tan significativa; que además ignorara los riesgos y consecuencias que podría traer ese traslado además de llegar a perder el régimen de transición que los cobijaba.

Para muchas personas les habría convenido quedarse en el régimen de prima media como es el caso de los cotizantes que superan el salario mínimo, pero no les alcanza cotizar grande sumas para su edad y debido al engaño de algunos de los asesores de los fondos privados, terminan por pensionarse con una suma mucho menor. Mientras tanto, con sus cotizaciones, dichos fondos han podido invertir el dinero en transacciones en los circuitos financieros internacionales, obteniendo jugosas ganancias. La asimetría de esta situación resulta escandalosa (Vásquez, 2017).

Pero además no se puede decir que la culpa era exclusiva del afiliado si no de los funcionarios pertenecientes a cada fondo de pensiones, toda vez que por obligación debían informar y advertir al afiliado de las contingencias a que quedaba expuesto con dicho traslado, de la trascendencia de su decisión de abandonar un régimen en el cual ya tenía causado su derecho a la pensión para

pasarse a otro que a cambio de certeza le ofrecía incertidumbre por ofertas tentadoras de las posibles mesadas que recibiría.

Lo más preocupante de la situación es que, en lugar de dicho resarcimiento, lo que propone los fondos privados desde finales del 2016, ante el masivo desplazamiento de usuarios hacia el sistema de prima media y las demandas de los estafados, es la privatización de COLPENSIONES. Tal propuesta beneficiaría a los fondos privados con un negocio redondo al entregarles el manejo de todo el dinero de los cotizantes del país y frenar las demandas de las víctimas (Vázquez, 2017).

Después de tantas crisis en la que las personas se encargaron de presentar nulidades por sus incomodidades al traslado de la RAIS y ver que a muchas de ellas se les vulnera su derecho a la pensión, actualmente la Superintendencia Financiera dejó claro que tanto los fondos privados como la estatal COLPENSIONES tienen que ofrecer una clara orientación a las personas que decidan cambiar de régimen pensional. “Deberá recibir asesoría personalizada de parte de ambas entidades como condición necesaria para que sea procedente el traslado.

En el RAIS, hay tantas inconsistencias que el principal es no informar a todos los cotizantes que al realizar aportes durante 25 años y con menos de 2 SMLV no alcanzarán a ajustar el capital necesario para acceder a una pensión de 1SMLV, y no alcanzan porque el capital que exigen es mayor al 110% que no hay la más mínima probabilidad de lograr una pensión de vejez, pero si quizás un retiro programado o alguna de las modalidades que ofrece la raíz (Muñoz, 2015).

Respecto a la estructura jurídica acerca de la obligación que tiene los fondos privados nos referimos entre otros al artículo 97 de la Ley 100 del 1993 las administradoras de pensiones tienen el deber de gestionar los intereses de

quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Además es notoria la baja cobertura y corresponde a la informalidad laboral que no permite que los trabajadores cumplan con los requisitos de tiempo y monto. Pero, además, los trabajadores formales por circunstancias de su vida laboral tampoco lo logran. La desigualdad se ve reflejada en que solo 1 de cada 10 colombianos llega a pensionarse por falta de opciones y mecanismos de inclusión al sistema. En el RPM a mayor pensión, mayor subsidio. Además, los trabajadores que están en igualdad de condiciones reciben mayor pensión en el RPM que en el RAIS.” (Ministerio de Trabajo, 2015).

Y es respecto al traslado a alguno de los fondos privados existente en Colombia que realmente la afectación más grande

Era la pérdida del régimen de transición, es decir, cumplir 62 años en el caso de los hombres y 57 años para el caso de las mujeres, el deber de cumplir con un capital específico exigido por el fondo privado, el cual aportando como cotización un salario mínimo era casi una misión imposible para antes de los 62 años, por tanto no había ningún tipo de beneficio para las personas que se trasladaron (Espacio Jurídico, 2015, p. 1).

Es así con base a todo lo descrito, que podemos decir que si posible declarar la nulidad, recuperar el régimen de transición debido a los vicios del consentimiento generados por un tercero (asesor) en la cual la responsabilidad recae en ellos, en las administradores de fondos de pensiones en el generar una omisión por error de hecho, aunque parezca que la decisión fue informada no es no se puede pretender que una persona con tantos años de cotizaciones pueda

perder su derecho por ineficacias realizadas por las AFP en la cual el único afectado es el afiliado con más de 15 años de servicio.

Pero además de ello evaluar si hay pérdida o recuperación del régimen de transición. Entonces, es cuando la entidad del régimen de ahorro individual tiene la obligación de demostrar la existencia de una “libertad informada” frente al cambio de régimen pensional, para determinar si el traslado fue eficaz o no y, solo en ese momento, evaluar si hubo una pérdida del régimen de transición. Es pues, la eficacia del traslado un “presupuesto obvio” para realizar cualquier estudio frente a la pérdida o recuperación del régimen de transición, porque este no es una mera expectativa.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993 señala en el literal b) que “la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado” (p. 3).

Igualmente, en el artículo 60 de la mencionada Ley modificado por el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 se señala en el literal c):

Que los afiliados al sistema podrán escoger y trasladarse libremente entre entidades administradoras y entre los Fondos de Pensiones gestionados por ellas según la regulación aplicable para el efecto, así como seleccionar la aseguradora con la cual contraten las rentas o pensiones
(...).

Así mismo, la administradora tendrá la obligación expresa de informar a los afiliados sus derechos y obligaciones de manera tal que les permitan la adopción de decisiones informadas. Por su parte, el afiliado deberá manifestar de forma libre y expresa a la administradora correspondiente, que entiende las consecuencias

derivadas de su elección en cuanto a los riesgos y beneficios que caracterizan este fondo (Art. 48 Ley 1328 de 2009, p. 18).

Antes de referirme a traslado entre regímenes, es de recalcar que el hecho que la RAIS sea regulada por el sistema financiero nos hace considerar que la información asimétrica es cuando una de las partes que interviene en la negociación no cuenta con la misma información que la otra sobre el producto, servicio o activo objeto de la transacción. Lo que conduce a un fallo de mercado que proporciona un resultado económico ineficiente.

En este sentido, es de suponer que aquellos con mayor información tomarán mejores decisiones y en detrimento de los menos informados, quienes con toda probabilidad sufrirán pérdidas.

Es de también traer a relucir que los afiliados también tiene poca información ya sea por falta de interés o por el poco compromiso por parte de las AFP en dar capacitaciones el afiliado no entiende el sistema de pensiones, ni de qué forma deberían participar en sus decisiones.

La situación de las personas de la tercera edad frente a la afectación al mínimo vital es especialmente relevante, pues en muchos casos su único ingreso consiste en la pensión que perciben luego de su retiro de la fuerza laboral, de manera que la afectación que se produzca sobre ella tiene, generalmente, un hondo impacto en las condiciones de vida del pensionado (Buritica, 2015, p.143).

A demás, que el hecho del traslado, genera en estas personas un bajo promedio financiero en el cual se debe tener en cuenta que se debe asegurar una vida digna y seguramente con su traslado a la RAÍS ocurriría todo lo contrario.

Si bien es cierto que el país no tiene un buen sistema pensional y que además de ello no se observa que el estado de ellos cambie, este no puede ser el foco de atracción para los afiliados a un régimen o a otro. Debido a que hoy esos afiliados que se trasladaron desde 1994 se darán cuenta de los efectos de la pérdida del RPMPD, es muy probable que, en la acción de nulidad, los ciudadanos encuentren el camino para que se les restablezca su derecho y sea resarcido el daño causado con el acto administrativo en contravención de los principios de los preceptos constitucionales del artículo 48 de la Constitución Política y como derecho irrenunciable según la CP (Buritica, 2015, p. 146).

Es por ello que si al existir evidencia probada y suficientes argumentos, Las Administradoras deben asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual.

Por ultima y refiriendo nuevamente a nuestra estructura jurídica, el Decreto 2071 de 2015 de la Superintendencia Financiera que obliga a las Administradoras de pensiones a suministrar información completa de los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones para trasladarse entre regímenes de pensiones es una prueba de la falta del deber informado a los ciudadanos, puesto que solo hasta ahora se reglamenta de manera clara el proceso de afiliación con este requisito.

CONCLUSIONES

Adoptada la Ley 100 de 1993 el nuevo sistema general de pensiones consagró un modelo dual, el cual se encuentra conformado por dos regímenes de pensiones, esto es, el régimen de prima media con prestación definida el cual venía aplicándose mucho antes de la vigencia de la citada ley y el nuevo régimen de ahorro individual con solidaridad. Implicando que todas las personas que se vinculen al sistema pensional en el Estado Colombiano, deban tener una completa información acerca de este nuevo modelo pensional, situación que se salió de las manos.

Y fue en ese cambio de pasar de COLPENSIONES a un fondo privado en el que los afiliados tomaron decisiones erróneas, hecho que generó un vicio al no ser una manifestación libre y voluntaria de pertenecer a uno u otro régimen pensional o de realizar traslados entre ellos, falta de una amplia asesoría, donde se debía manifestar las calidades del sujeto edad, ingreso etc. y así generar mejores beneficios.

A su vez resulta necesario e importante recalcar que las administradoras tienen la obligación de proteger el derecho a la información que tienen todas las personas del sistema, buscando siempre obtener la mayor claridad en la información, respecto a las condiciones de dicho cambio y de suministrar el conocimiento no solamente de la parte favorable de ese régimen sino también de todo lo que puede serle lesivo en el suceso que a persona decida afiliarse o trasladarse.

No basta tampoco con que las AFP generen el traslado hacia COLPENSIONES, se trata además de condenar a la demandada al pago de los perjuicios causados, los cuales se evalúan en lo que le habrían corresponderían en el régimen de prima media con prestación definida. Situación que se analizó al estar está frente a una nulidad en la afiliación por parte del asesor en el que el

engaño no solamente en lo que se afirma si no en lo que el asesor deja de decir como generando una decisión favorable para el y un detrimento pensional para el afiliado

Es por concluir que las AFP deben lograr una estabilidad en la cual su cobertura de afiliado crezca pero logrando que los mismos se concienticen y basándose en dos segmentos de población la primera : al solicitar a fondo privado que realicen el traslado a COLPENSIONES ,porque recibiría mayor mesada pensional se me va a informar que no, respecto a si el afiliado ya está en los últimos 10 años , Si a la persona no le alcanza el capital pero con las semanas de cotización tiene la posibilidad de devolverse hay dos opciones aunque ocurriendo Que el capital no le alcance o que habiéndole alcanzado quede por debajo , o si ya tiene la edad no puede devolverse pero el perjuicio es el mismo. Pero tiene una posibilidad y es que le paguen una “sanción” por así llamarlo como indemnización de perjuicio y además se le reconozca todo lo dejado de recibir por parte de COLPENSIONES.

REFERENCIAS

Alvarado, L.H. (2015). *La unificación y extensión de la jurisprudencia del consejo de estado en el régimen de transición pensional en Colombia*. Bogotá D.C. Universidad Militar Nueva Granada.

Arana, A.M. & Guevara, G.A. (2015). *Violación al derecho fundamental a la información de los usuarios del régimen de ahorro individual por parte de las entidades administradoras de los fondos de pensiones*. Cali; Universidad de San Buenaventura.

Arenas, G (2011). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá D.C.: Legis.

Arrieta, C.I. (2011) *Las reformas del sistema pensional colombiano*. Bogotá D.C. Ed Friedrich-Ebert-Stiftung en Colombia –FESCOL.

Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantía -ASOFONDOS. (2017). Régimen de transición. Recuperado de <http://www.asofondos.org.co/regimen-de-transicion>.

Buriticá, C.A (2015) Acción nulidad en afiliaciones al régimen de ahorro individual. *Ambiente Jurídico*, 17, 125-151.

Central Unitaria de Trabajadores – CUT. (2013). *La historia del derecho a la pensión en Colombia*. Bogotá: El Autor.

Espacio Jurídico.- (4, noviembre, 2015). *Nulidad e ineficacia del traslado al fondo privado*. Recuperado de <http://www.espaciojuridico.com.co/nulidad-e-ineficacia-del-traslado-al-fondo-privado/>.

García, J (2011) *Pensiones. Régimen de transición normatividad y jurisprudencia*. Bogotá D.C.: Librería Sánchez R. Ltda.

Largo, A. (2012) *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada*. Medellín: Universidad de Antioquía.

Ministerio De Trabajo. (22 de Julio de 2015). *Nuevo modelo de protección para la vejez*: Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/pensiones.html>.

Muñoz, A.M. (2015) .ineficacia del traslado y recuperación del régimen de transición. *Revista Actualidad Laboral*, 189, 20-25.

Narváez, J (2004) *Régimen pensional y seguros privados*. Bogotá: Librería Ediciones El Profesional Ltda.

Niño, A.R. (2016) *Asimetría de la información y la libre elección en las modalidades pensionales: retiro programado y renta vitalicia inmediata*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Poillot, E. (2006). *Droit Européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*. Paris. LGD.

Restrepo-Salazar, J.C, (2000). *El problema pensional*. Bogotá D.C.: FEDESARROLLO.

Restrepo, M. A. (2000). *La promesa de los fondos de pensiones*. Santafé de Bogotá: Corporación Financiera del Valle. Recuperado de <http://www.corfivalle.com.co/webcorfivalle2/Repositorio/informes/IE22122000.pdf>.

- Santamaría, M (2010). *El sistema pensional en Colombia: retos y alternativas para aumentar la cobertura*. Bogotá, Colombia: FEDESAROLLO. Centro de investigación.
- Sarmiento, E. (2009 enero 17). *El riesgo de los fondos privados de pensiones*: El Espectador.com. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-riesgo-de-los-fondos-privados-de-pensiones-columna-108633>.
- Superintendencia Financiera (2006) *Concepto 024796/06. Régimen de ahorro individual – Reconocimiento de pensión*. Recuperado de <https://www.superfinanciera.gov.co/SFCant/Normativa/Conceptos2006/2006024796.pdf>.
- Tórreles, E (2007). *El sistema europeo de protección al consumidor. En Regulación financiera y bursátil y derechos del consumidor*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Torres, S (2016) Deber de información y asesoría pensional a los afiliados en el sistema general de pensiones Colombia año 2016. *Revista CES Derecho*, 7(2), 55-71.
- Valencia, A. & Plazas, J.M. (2013). *Régimen de transición en pensiones en Colombia pérdida y recuperación*. Cali Universidad San Buenaventura.
- Vásquez, M. del. R. (2017), La estafa de los fondos privados de pensiones. *El Espectador.com. Sección Opinión*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/la-estafa-de-los-fondos-privados-de-pension-columna-682248>.
- Venegas, A. (1996). Antecedentes en la reforma pensional en Colombia. *Revista de Derecho Universidad del Norte*. 6, 1-30.

Villalba, J.C. (2012). El deber de información en el derecho 1 del consumo*-
Revista IUSTA, 2(37), 97-119.

NORMATIVIDAD

Acto Legislativo 01 de 2005 (julio 22). Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 45.980 del 25 de julio de 2005.

Ley 100 de 1993 (diciembre, 23). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Bogotá D.C.: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 41.148 del 23 de diciembre de 1993.

Ley 6 de 1945 (febrero 19). Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo. Bogotá: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 25.790 del 14 de marzo de 1945.

Ley 90 de 1946 (diciembre, 26). Por la cual se establece el Seguro Social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Bogotá: Congreso de Colombia. *Diario Oficial* 26.322 del 7 de enero de 1947.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional de Colombia. (24, septiembre, 2002). Sentencia C-789/02. Cosa Juzgada Relativa-Régimen de transición en pensiones. Referencia: expediente D-3958. Magistrado Ponente: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional de Colombia. (29, noviembre, 2006). Sentencia C- 993 de 2006 Autonomía de la Voluntad Privada-Fundamento constitucional. Referencia: expediente D-6349. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral (9, septiembre, 2008).
Sentencia 31989/08. Acta N° 56. M.P Eduardo López Villegas.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral. (18, mayo, 2016).
Expediente N° 11-20140045001 Liliana Gaitán Garzón contra
Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y AF.P. Porvenir
S.A. Magistrado Ponente Diego Roberto Montoya Millán.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Sala laboral, (4, marzo. 2016).
Radicado No.2013-00132-01 Magistrada Ponente Ana Lucía Caicedo
Calderón